

## LAS SOCIEDADES CIVILES

### *¿REALIDAD O ESPEJISMO?*

IGNACIO SANIN BERNAL

En el régimen del Código Civil, son sociedades civiles las que se forman para negocios que la ley no califica como mercantiles; reconociéndose la existencia de dos modalidades del contrato de sociedad, la civil y la mercantil —artículos 2085 y 2087— (1). El contrato de sociedad civil es consensual, salvo el de sociedad anónima que está sujeto a las mismas reglas de las compañías comerciales —artículo 2090 C. Civil— (2); por lo tanto, son consensuales las sociedades civiles colectivas y comanditarias simples, pudiendo opcionalmente adoptarse la solemnidad del documento privado (art. 121. C. de Co.) o la de la escritura pública. La sociedad de responsabilidad limitada civil no es reconocida ni regulada por el Código Civil, pero a ella se refiere el Código de Comercio sometiéndola a las normas de las compañías comerciales.

El decreto 410 de 1971 —Código de Comercio— regula las sociedades civiles en los artículos 100 y 121, en virtud de los cuales las sociedades por acciones y las limitadas civiles se rigen por las normas mercantiles no obstante continuar con su naturaleza civil. Y las sociedades colectivas y en comandita simple pueden ser solemnes tanto en lo relacionado con la celebración del contrato como con las reformas del mismo (4); no obstante "permitirle constitución mediante documento", esta solemnidad parece exigirse como medio de inscripción en el registro mercantil de su existencia y de sus modificaciones.

Las sociedades en comandita por acciones, anónima y de responsabilidad limitada civiles, por lo tanto, tienen la misma normatividad en su constitución, reformas y regulación operativa que las sociedades mercantiles; mientras que las sociedades en comandita simple y colectivas derivan indirectamente la solemnidad de la ley mercantil quedando la oponibilidad del contrato y de las reformas pendiente del registro del acto en la Cámara de Comercio del domicilio social.

De ser solemne el contrato mercantil de sociedad, será entonces también solemne cualquier contrato de sociedad civil.

Ha habido divergencias conceptuales sobre la naturaleza (solemne o consensual) del contrato de sociedad mercantil. No obstante sostenerse por algunos que el contrato es "consensual" y que la solemnidad de la escritura pública se requiere solo para dar nacimiento a una persona jurídica diferente, basados fundamentalmente en que por parte alguna del articulado del Código de Comercio se exigen en forma expresa y directa solemnidades al contrato, de un recorrido por diversas normas del Código de Comercio podría deducirse inequívocamente que la ley mercantil supone "la solemnidad" de la escritura pública como requisito ad substantiam actus del contrato de sociedad. En efecto: El artículo 117 del Código de Comercio hace referencia a las "cláusulas" del contrato denominación que necesariamente supone, de acuerdo con la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua (5), la existencia de un documento. La promesa de celebrar el contrato de sociedad es expresamente solemne lo que hace presumir con un criterio jurídico elemental pero lógico que si la promesa es solemne el contrato prometido que supone cumplimiento de la promesa debe ser igualmente solemne, no obstante la excepción que se encuentra a este principio en el artículo 89 de la Ley 153 de 1987 que exige para la celebración de un contrato prometido consensual (venta de bienes muebles, por ejemplo) una promesa de venta que conste por escrito. Y el artículo 366 del Código de Comercio impone como elemento de validez (no de simple oponibilidad) de la cesión de cuotas sociales en una sociedad de responsabilidad limitada y de la consecuente reforma contractual, aún entre los mismos asociados, la solemnidad de la escritura pública (6).

Las normas civiles y mercantiles establecen que, para conservarse la naturaleza civil, ni en los estatutos ni en la operación social deben contemplarse o desarrollarse actividades mercantiles. El artículo 2085 del Código Civil fija el criterio de que son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la Ley califica de comercio y que son civiles "las otras". El artículo 100 del Código de Comercio impone que se tengan como comerciales las compañías que se forman para la ejecución de actos o empresas mercantiles, y que en todo caso será comercial la sociedad cuya empresa social comprenda actos mercantiles exclusivamente o como complementarios de actos no mercantiles (7). Según esto y siguiendo la enumeración

del artículo 23 del Código de Comercio, las sociedades civiles solo podrán proponerse como objeto social único la actividad agropecuaria o la ganadera, la transformación de productos agropecuarios o ganaderos en su forma más elemental, o la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales (8).

Sin embargo, el artículo 25 del Código de Comercio considera como mercantil cualquier empresa que se constituya como medio para desarrollar actividades económicas organizadas ya sea en las áreas de producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Esta empresa que se ejerce a través de "establecimiento de comercio" es esencialmente mercantil por lo que el elemento "organización" que es la base de la empresa supone la necesaria mercantilidad de la actividad. No habría, pues, empresas civiles. Y en la esencia de la sociedad civil existe también ese fondo de organización que se deriva de la existencia de un objetivo y de una actividad que se desarrolla utilizando como medio el patrimonio social y que nace de la voluntad concertada de varios constituyentes. La integración de una organización que se dedique a la agricultura, a la ganadería o a la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales trasciende la mera actividad individual y supone la existencia de una empresa destinada a dichos fines, de donde podría válidamente afirmarse que el ejercicio de esas actividades a través de una sociedad, constituye necesariamente una empresa, lo que repugnaría y sería incompatible con la sedicente (y meramente aparente) naturaleza civil de la sociedad que lo desarrolla.

Lo anterior, que podría tener un carácter más académico que práctico o positivo, se corrobora por el artículo 20 —numeral 19— del Código de Comercio al estatuir que son mercantiles los contratos regulados por la ley mercantil. Que las sociedades civiles están reguladas por la ley mercantil es ostensible y basta para ello la simple lectura de los artículos 100 y 121 del Código de Comercio. Más aún, no solo la ley mercantil regula íntegramente las sociedades de responsabilidad limitada, anónimas y comanditarias por acciones mercantiles, y parcialmente las comanditarias simples o colectivas civiles en lo relacionado con la celebración del contrato y sus ulteriores reformas, sino que va más allá, y crea la institución de la sociedad de responsabilidad limitada civil, que no existía en el Código Civil, pero cuyo reconocimiento en la órbita legal se infiere del artículo 100 del Código de Comercio (9).

Esta manifiesta mercantilización de la regulación de las sociedades civiles puede destruirlas a ellas mismas, según el mandato del artículo 20 —numeral 19— del Código de Comercio, hasta el punto de que se ha sostenido que dicha norma en concordancia con los artículos 100 y 121 del mismo Código, excluye la posibilidad teórica de que la sociedad puede tener carácter civil dentro del ordenamiento jurídico colombiano, lo cual no es nuevo ni original ya que para el

Código de Comercio —artículo 116— y para citar solo un ejemplo, todas las sociedades son mercantiles por su forma independientemente del objeto que se propongan (10).

Sobre este punto es pues pertinente comentar la decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia del 11 de Diciembre de 1973 por medio de la cual se decidió la exequibilidad del artículo 121 del Código de Comercio. Como antecedentes debe mencionarse que la ley 16 de 1968 otorgó facultades extraordinarias al gobierno nacional para que expidiera el Código de Comercio previa revisión por parte de expertos o especialistas del proyecto de Código elaborado por la Comisión de 1958. En desarrollo de dichas facultades se promulgó el decreto 410 de 1971 que comprende el articulado del Código Mercantil. Frente a la directa alusión que este Código hizo al régimen de las sociedades civiles —artículos 100 y 121— se sostuvo por algunos que la intromisión del Código de Comercio en materias civiles podría carecer de legalidad lo cual fue decidido por la Corte sosteniendo la peligrosa tesis de que cuando se otorgan precisas facultades por el legislador al Gobierno éste puede no solo legislar sobre lo que filológicamente corresponde a la delegación sino en cualesquiera materias afines.

Dijo la Corte en tal ocasión: “La facultad concedida en la Ley 16 de 1968 (Art. 20, numeral 15) para revisar el proyecto de ley sobre Código de Comercio, expedirlo y ponerlo en vigencia no podía limitarse a enmendar, modificar o aclarar la legislación pre-existente, porque, en caso afirmativo el propio legislador hubiera señalado las normas que pretendía modificar; no habiéndolo hecho, debe tomarse la facultad para revisar no solo en el sentido filológico, sino en el más amplio de comprender todas las materias afines a las nuevas modalidades e instituciones comerciales. — En armonía con tal criterio, el nuevo Código de Comercio -siguiendo la orientación del proyecto de 1958- previó una ampliación de la materia mercantil, que se echa de ver desde su artículo 20, en el cual se incluyen, entre los actos de comercio, operaciones que hasta antes habían sido consideradas eminentemente civiles, como ciertas operaciones de especulación con bienes inmuebles; se introducen en los negocios mercantiles modificaciones importantes en relación con la capacidad de las personas para obligarse; y en la materia concreta de las sociedades se hacen también reformas al régimen de las nulidades absolutas y relativas. — Igualmente se previó en el artículo 121 del Código que las sociedades colectivas, y las en comandita simples, cuando no se propongan actividades comerciales como objetivo principal, aunque puedan constituirse por documento privado, como se infiere de las disposiciones del Código Civil, deben tipificarse en dicho documento con expresión de las diversas estipulaciones indicadas en el artículo 110 del mismo Código, documento que, a su vez, tiene que ser inscrito en el registro público de comercio. — Es decir, se establecieron dos requisitos especiales para estas sociedades, que en el documento privado corres-

pondiente se diga qué tipo de sociedad se constituye, quiénes son sus socios, cuál es su objetivo o actividad principal, el domicilio, el capital, cómo se administran los negocios, etc., o sea que se regulan en el contrato las relaciones creadas en virtud del mismo, tanto en beneficio de los socios como también de terceros, y que dicho documento sea además inscrito en el registro público de comercio para que las estipulaciones sean oponibles a terceros, los cuales tienen necesidad de conocer el contrato social, para su propia seguridad, por algún medio de publicidad seguro, que en el nuevo Código es el registro público llevado en la Cámara de Comercio del domicilio de las sociedades, tanto más cuanto que en el registro de instrumentos públicos fue suspendida la inscripción de las sociedades. — Al proveer lo anterior el citado artículo 121 del Código de Comercio no modifica el Código Civil, como lo pretende el demandante, pues lo que regula no son actividades exclusivamente civiles, sino que comprende también algunas del tipo comercial.”

De hacer carrera el principio contenido en tal decisión jurisdiccional quedaría totalmente desvirtuada la restricción constitucional establecida al Ejecutivo para ceñirse a la materia sobre la cual se están concediendo facultades legislativas delegadas.

En la práctica, las Cámaras de Comercio del país continúan inscribiendo en el registro mercantil las sociedades civiles, de donde se derivan para éstas indudables ventajas de naturaleza práctica. En efecto, las normas civiles y mercantiles reconocen a las sociedades civiles una personalidad jurídica diferente y separada, creando una institución totalmente oponible a terceros (11), pero de su carácter civil se deduce que la celebración del contrato de las colectivas y comanditarias simples carece de las formalidades de la escritura pública lo que elimina: costos de escritura y de impuesto departamental de anotación y registro, y la necesidad de que las partes constituyentes tengan vigentes certificados de paz y salvo de Hacienda Nacional; además si bien las sociedades civiles deben inscribirse en el registro mercantil no tienen que matricularse como comerciantes ni renovar dicha matrícula anualmente; la inscripción de la sociedad civil tiene una tarifa fija (actualmente en \$ 1.063.00), que no hace relación al capital ni a los activos brutos de la sociedad; no están obligadas a cumplir con los deberes del comerciante como registrar libros y llevar contabilidad en debida forma; y la prueba de su existencia y representación consta en los certificados expedidos por la Cámara de Comercio.

Además no están sometidas en ningún caso a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades. Esta exclusión encuentra fundamento en el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional y en el artículo 266 del Código de Comercio. La norma constitucional incluye dentro de las facultades del Presidente de la República “como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa... ejercer la inspección necesaria sobre... las sociedades mercantiles,

conforme a las leyes"; y la ley mercantil establece el sometimiento a la Superintendencia de Sociedades de las "sociedades comerciales no sometidas al control de la Superintendencia Bancaria".

Tal exclusión del control estatal podría ser obviada por la misma superintendencia mediante el análisis del objeto social de la compañía que se dice ser civil, o de la actividad que efectivamente desarrolla ésta, con el fin de asimilarla para todos los efectos a sociedad mercantil según lo ordena el artículo 100 del Código de Comercio; y si adicionalmente se pueden predicar con relación a la compañía cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 267 del Código de Comercio, en la ley 44 de 1981 o en los decretos 1171 de 1980 y 2059 de 1981, podría asumirse la inspección y vigilancia de la sociedad, sin que lo anterior viole la restricción constitucional (artículo 120, numeral 15) o legal (artículo 266 Código de Comercio) sino que, por el contrario, se acomoda en un todo a éstas.

No parece que pueda aplicarse a las sociedades civiles la imposición de los artículos 303 y 324 del Código de Comercio en cuanto a la denominación de las sociedades colectivas y de las sociedades en comandita simple, normas que exigen que la razón social de las colectivas esté formada "con el nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios seguido de las expresiones y COMPAÑIA, HERMANOS, E HIJOS u otras análogas si no se incluyen los nombres completos o los apellidos de todos los socios"; y que la razón social de las comanditas simples se forme "con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios colectivos y se agregará la expresión Y COMPAÑIA ó la abreviatura Y CIA. seguida en todo caso de la indicación abreviada S. en C.". Como el Código Civil no trae normas expresas en cuanto a la denominación social de este tipo de sociedades, puede sostenerse que no obstante los inconvenientes prácticos de una absoluta libertad en cuanto al nombre de las sociedades colectivas y comanditarias simples civiles, no cabe exigir que la persona jurídica tenga una específica identificación contractual en que se refleje su naturaleza, y no puede obstaculizarse por parte de las Cámaras de Comercio el registro del contrato social en el evento de que se adopte una identidad social que no acoja los lineamientos de los artículos 303 y 324 del Código de Comercio.

Lo que si pugna contra el carácter civil de las compañías es el hecho de que en los estatutos se contemple la posibilidad de que puedan establecerse sucursales o agencias ya que estos establecimientos de conformidad con lo ordenado por los artículos 263 y 264 del Código de Comercio son mercantiles y por lo tanto no pueden ser de propiedad de sociedades civiles so pena de que se pierda la tipicidad civil de la compañía.

La responsabilidad de los socios de la sociedad colectiva es sustancialmente diferente en las sociedades civiles y en las mercantiles. El artículo 2121 del Código Civil impone a los asociados de la colectiva una responsabilidad divisible a prorrata de sus participaciones excluyéndose la solidaridad de aquellos en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad, a menos que expresamente en el contrato o en el título representativo la obligación se haya pactado dicha solidaridad (12). En contraste, el artículo 294 del Código de Comercio establece una responsabilidad solidaria e ilimitada de los asociados en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la compañía, obligación que es subsidiaria y no principal ya que como prerequisite para hacer efectiva la responsabilidad de los socios se impone el hecho previo de que la compañía haya sido requerida aún extrajudicialmente y en forma vana para el pago de sus compromisos (13). De las anteriores normas se deduce que es menos gravosa la responsabilidad del socio en la sociedad colectiva civil que en la sociedad colectiva mercantil.

La sociedad colectiva y la comanditaria simple civiles pueden constituirse por escritura pública o por documento "privado" (artículo 121 del Código de Comercio). Las sociedades comanditarias por acciones, limitadas y anónimas civiles requieren escritura pública para su constitución (artículos 98 y 110 del Código de Comercio). Para suscribir el documento privado mediante el cual se constituyen la sociedad comanditaria simple o la colectiva civiles no se requiere la comparecencia ante ningún funcionario, notarial o de otra índole, de quienes firman el contrato social, pero para la constitución de otros tipos de sociedad civil los contratantes deben comparecer notarialmente, no obstante la eventual aplicación de exoneración de comparecencia a los socios comanditarios contenida en los artículos 337 y 343 del Código de Comercio.

El literal d. del artículo 2º de la ley 1ª de 1981 establece que el certificado de paz y salvo ordinario por concepto de impuestos sobre ventas, renta y complementarios solo podrá ser exigido: "...el de los "comparecientes" en la constitución.... de cualquier clase de sociedades".

La aplicación de la ley 1ª de 1981 en cuanto a la exigencia de certificado es totalmente taxativa y restrictiva como se deduce del encabezamiento del artículo 2º; no pueden ninguna autoridad ni ningún funcionario ni ningún particular exigir certificado de paz y salvo de hacienda nacional en casos diferentes a los contenidos en la ley 1ª de 1981 o en el artículo 24 del decreto 398 de 1983.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "comparecer" significa presentarse uno ante otro personalmente o por poder para un acto formal, en virtud del llamamiento o intimidación que se le ha hecho, o mostrándose parte en algún negocio.

Por lo tanto, se requiere paz y salvo de hacienda nacional de los comparecientes que suscriben la escritura pública de constitución de sociedades civiles del tipo de las anónimas, comanditarias por acciones y limitadas, paz y salvo que debe ser exigido por el respectivo notario. Igual cosa sucede si quienes celebran el contrato de sociedad no se acogen a la solemnidad atenuada permitida por el artículo 121 del Código de Comercio y constituyen sociedades colectivas y comanditarias simples civiles por escritura pública o mediante algún otro documento notarial que imponga su comparecencia.

Pero si, acogiéndose a la previsión contenida en el mencionado artículo 121 del Código de Comercio, quienes celebran el contrato de sociedad civil del tipo de las colectivas o comanditarias simples, se limitan a suscribir un documento privado que ha de entregarse a la Cámara de Comercio para su registro mercantil, no están obligados a suministrar su certificado de paz y salvo de hacienda nacional ni pueden las Cámaras de Comercio exigir dicho requisito para proceder a la inscripción del contrato.

En el documento privado que solemniza el contrato y del cual se deriva la constitución de la sociedad civil colectiva y comanditaria simple, las firmas no requieren ser autenticadas ni reconocidas notarialmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 826 del Código de Comercio que dispone que "Cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores". O sea que la conclusión de estas reflexiones es la siguiente: La sociedad colectiva civil y la comanditaria simple civil pueden constituirse por documento privado; en este evento los constituyentes o partes en el contrato de sociedad no están obligados a obtener y suministrar sus respectivos certificados de paz y salvo de hacienda nacional; y en las Cámaras de Comercio debe inscribirse el contrato de sociedad con la simple presentación por parte de los interesados del documento constitutivo, firmado por las partes o sus delegatarios, firmas que no tienen que ser reconocidas ni autenticadas notarialmente.

Tantas dudas y vacíos sobre el tema de las sociedades civiles, su naturaleza, su conveniencia y su existencia misma, imponen una necesaria claridad a nivel legislativo que solo podrá conseguirse mediante un estatuto específico que regule la existencia o que definitiva e inequívocamente protocolice su abolición del régimen legal colombiano. Y que dirima el conflicto de intereses que actualmente es ostensible entre los particulares y las Cámaras de Comercio.

Sería recomendable entonces que doctrinaria o jurisprudencialmente se hiciera claridad sobre los aspectos mencionados, como medio para que el Legislador, directamente o mediante la concesión de precisas facultades al Ejecutivo, dirimiera los vacíos causados por algo que, en mi concepto, con el respeto que los ciudadanos y especialmente los abogados debemos a la ley a los fallos jurisdiccionales, constituyó una indebida e inconveniente intromisión de la ley mercantil en la legislación civil.